

DIREITO ECONÔMICO: EVOLUÇÃO TEÓRICA, APLICAÇÃO, EFICÁCIA E PERSPECTIVAS NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO.

Washington Peluso Albino de Souza*

* *Professor Emérito da Universidade Federal de Minas Gerais.
(Degrauação da palestra proferida pelo professor Dr. Washington Peluso Albino de Souza,
por ocasião do lançamento do livro “Direito Econômico – Aplicação e Eficácia”, do
Procurador do Estado, Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo, realizada no Centro de Estudos
da PGE, no dia 10.08.2001)*



É a segunda vez que eu venho aqui falar aos procuradores. Eu recebi antes uma incumbência sobre normas gerais do Direito Econômico, um tema que continua sendo discutido. Mas hoje não, hoje a incumbência é mais festiva, e eu compareço mais aqui hoje como uma testemunha ocular da história, nada mais do que isso. É que Ricardo, quando entrou na faculdade de direito, com linhas mais jovens na fisionomia, o mesmo Ricardo de hoje, uma memória muito grande, uma dedicação imensa, uma aplicação, quase que exagerada, ao estudo, e isso fazia com que ele se destacasse como estudante.

Depois, contagiado pelo Direito Econômico, o Direito Econômico ganhou essa grande figura. Durante anos e anos - e aí vem o meu depoimento - durante todo o período de Ricardo no bacharelado e no doutorado, nós nos empenhávamos na elaboração, na sistematização do Direito Econômico como disciplina para ser ministrada nas escolas. E ao mesmo tempo nós nos aprofundávamos nas pesquisas para que ele tivesse o seu desenvolvimento científico, propriamente dito, assegurando o que se oferecia para ensino na escola. Ricardo era o que nós chamamos - não sei se vocês chamam isso aqui - mas nós, mineiros, que ainda temos o carro de boi, nós chamávamos de “o boi de coice”, aquele que segura o carro de verdade, aquele que tem firmeza e sobre o qual se pode fazer repousar toda confiança. Isso era o Ricardo nas nossas pesquisas.

Fomos elaborando. Não havia o computador. Então era muito interessante porque quando nós pesquisávamos a base constitucional requeríamos uma sala tão grande quanto essa, ou talvez maior, ou tão larga, em que as constituições eram lidas e passadas a quem tomasse nota para fazer uma tabela. Ricardo depois disso teve oportunidade de pesquisar para o instituto da produção, da circulação, da repartição e do consumo, pegando toda a Constituição brasileira, fazendo a comparação para que nós pudéssemos teorizar. Era um trabalho científico muito interessante, muito bonito, aplicando-se o método indutivo, partindo do fato, partindo do dado para chegar até a teorização. Esse era o trabalho do Ricardo. Chegamos a um ponto em que publicamos um - o que costumamos falar - tijolo. Um livro sobre Direito Econômico que a Saraiva publicou, com 600 páginas. Então nós brincávamos que o Direito Econômico era novo, havia uma certa resistência; então ele era um tijolo que batia na cabeça do sujeito e ele deveria aprender de qualquer maneira: era na pancada.

Agora, passados esses anos todos, me vem o Ricardo com outro tijolo. Está aí o livro, quase 600 páginas e parece que o intuito é o mesmo, porque acontece o seguinte: nós vínhamos fazendo uma elaboração científica, teórica do Direito Econômico como nos competia, e havia realmente um jurista, que ele citou hoje, o Ronaldo Cunha Campos, que morreu jovem, mas seria certamente o grande processualista brasileiro, na nossa opinião, e que dizia, quando ele foi fazer pós-graduação entusiasmou-se e dizia o seguinte: que ele tinha descoberto o direito por intermédio do Direito Econômico. Poderia haver um exagero - eu não, porque

eu acho que o Direito Econômico é tudo isso - mas era um exagero certamente, um entusiasmo.

Entretanto o nosso interesse era fazer o Direito Econômico marchar precisamente para sua aplicação. Era o problema da hermenêutica ligado também a uma aplicação do direito, e o direito no fórum, o direito no judiciário, era o que nós pretendíamos. A minha orientação não era essa, a minha orientação era teórica, era de professor, pesquisador, etc. O Ronaldo morreu e o Ricardo resolveu empunhar essa bandeira. Nós sabemos muito bem a dificuldade dessa bandeira, em primeiro lugar teoricamente o Direito Econômico ainda é muito discutido, e em segundo lugar, é muito natural, os tribunais - e eu respeito os homens dos tribunais que estão aqui - são naturalmente conservadores. Muitas regras do Direito Econômico que nós apresentávamos no livro eram citadas por juízes, desembargadores, ministros, sem falar em Direito Econômico. Lançavam a regra mas não falavam o que era.

Havia uma espécie de preconceito com as coisas novas. E nós mudando nesse sentido, e sentindo que era preciso chegar aos tribunais, chegar de maneira objetiva aos Tribunais, quando graças ao Rio Grande do Sul - e eu rendo a homenagem ao Rio Grande por essa oportunidade - o Ricardo veio parar aqui como procurador e foi enviado para Brasília, para trabalhar junto aos altos Tribunais. Daí para diante o trabalho era um trabalho de campo, o tipo de trabalho de campo, trabalhando a matéria, a matéria que nós queríamos, precisávamos dela, onde ela era discutida no mais alto posto, na mais alta dúvida, no mais alto conflito teórico, e o Ricardo estava presente.

Eu continuava perfeitamente confiante, porque eu sabia que o Ricardo tinha levado a estrutura para isso, tinha levado a bagagem científica para enfrentar esses problemas, e essa minha tranquilidade ia se desenvolvendo na medida que ele, sempre ligado a mim, me comunicava, quando tinha um caso interessante ele me comunicava e nós dois, a nosso modo, soltávamos foguetes porque, afinal de contas, o Direito Econômico estava avançando justamente no Judiciário onde precisava ser para que não morresse como uma aventura teórica ou uma aventura científica: nós teríamos o Direito Econômico “direito” mesmo, aplicado mesmo.

Com isso, o Ricardo conseguiu um material muito grande, foi elaborando esse material e voltou para aqui. Quando ele volta para aqui, então começa a elaboração do livro. Esse livro inicialmente foi a tese de doutorado. Essa tese de doutorado, examinada por 5 professores de Direito Econômico, os mais exigentes possíveis, porque o Ricardo apresentava pontos de vista inteiramente contrários ao ponto de vista de cada um. Não ao meu, nós convivíamos, eu estava mais ou menos tranquilo, mas há outros grandes elementos do Direito Econômico que ele enfrentava na banca - e eu com medo, porque vocês sabem muito bem o que é o julgamento de uma banca: se o examinador está ferido na sua vaidade e a nota é dada por ele, isso pode comprometer. E eu tinha medo porque eu tenho expe-

riência de vida, não sou menino, e sei muito bem que isso poderia acontecer, mas Ricardo pouco ligava, enfrentava, enfrentava, defendia as teses e no fim a aprovação foi total, foi aprovação com 10 para tudo, elogio etc.

Então nascia, digamos assim, uma nova estrela no Direito Econômico. Ricardo empunhou a bandeira e passou então a fazer o trabalho. Mas nós sabemos muito bem, no direito em geral, o que representa entre nós, e para a cultura jurídica, sobretudo para a aplicação do direito, a resistência às novidades.

A resistência ao Direito Econômico era muito grande. Durante uma certa época havia até aquela maneira meio zombeteira: “isso não existe!”. Como a escola prestigiava e permitia que se trabalhasse e apoiava de verdade, nós começamos então a ter o contato e o Direito Econômico começou a ser adotado nas outras faculdades. Nas grandes faculdades do Brasil passou a ser adotado. Ficava aquele pioneirismo que de certa maneira despertava um certo ciúme, mas ao mesmo tempo possibilitava uma troca de esforços, uma troca de trabalho especialmente foi feito sobretudo com São Paulo e outras unidades.

Bom, o Direito Econômico ia teoricamente desenvolvendo, mas nos tribunais continuava a mesma coisa, “isso é novidade”, “isso existe”, “isso não existe”, e sempre quando é assim, discutia-se até a existência daquela disciplina. Não basta no Brasil a existência científica, a configuração e a confirmação e, digamos assim, a afirmativa científica de uma disciplina jurídica autônoma. No Brasil, infelizmente, para que uma disciplina seja considerada autônoma ela tem que estar nominalmente presente na Constituição. A Constituição para isso é uma espécie de registro civil. Se está na Constituição existe como disciplina, se não está na Constituição isso é “sonho de professor”, é “sonho de teórico”.

Foi uma luta muito grande, mas muito grande, até que se chegou à Constituição de 1988 quando o Direito Econômico foi colocado na Constituição. Foi colocado como? Daquela mesma maneira que o direito tributário anterior foi colocado na Constituição de 1946. Porém lá o Baleeiro, que era deputado- ele era professor de direito tributário- incluiu o direito tributário. Diz ele, ele mesmo diz isso nos escritos dele, que não se sabia onde colocava. Então colocou-se num artigo genérico: Normas Gerais- e nessas “normas gerais” é que entrou o direito tributário. Com o Direito Econômico foi a mesma coisa - Normas Gerais. Entrou o Direito Econômico nas Normas Gerais, porém entrou na Constituição, isso é o que interessava. Já nasceu, já estava registrado, já tinha um registro num “cartório” e aí então as escolas começaram a adotar o Direito Econômico, a ensinar o Direito Econômico. Ele foi marchando. Mas havia a necessidade do passo adiante, a construção teórica inicial estava feita.

Daí para frente é uma questão de construir doutrina: “concordo”, “discordo”, outros pensam, outros não pensam, outros escrevem livros, destacam temas, destacam teses, ou não destacam, tem um sentido geral. Mas trazer ao Judiciário ninguém tinha se aventurado. E o Ricardo, eu sabia que, não silenciosamente, mas

para todos os efeitos silenciosamente, vinha desenvolvendo esse trabalho. Quando ele deu o trabalho por terminado, que foi na defesa da tese, na verdade ele estava dando o primeiro passo para chegar a esse livro, porque até publicar esse livro ele teve que testar. Testar tudo o que nós falávamos, tudo o que nós pensávamos, tudo o que a teoria havia oferecido para nós, que nós havíamos encontrado na teoria mas que o Judiciário não aplicava de maneira franca, de maneira leal, dizendo essa regra é do Direito Econômico, aquela não é, esse princípio do Direito Econômico vale, aquele não vale, e mais ainda, nós seguimos desde o início, desde a minha tese, por exemplo, há anos, há muitos anos atrás, nós defendíamos precisamente aquele que hoje se está chamando de “interpretação axiomática da Constituição”, “unidade axiomática da Constituição”, ou seja, “interpretação pela Constituição”.

Nós dizíamos que, no direito aplicado, o Direito Econômico - e achamos que era todo o direito - deveria basear-se no texto constitucional, pois bem, mas nós sabemos muito bem que durante muito tempo, e só agora vai mudando - não sei se os senhores, aqui no RS é mais avançado - mas de um modo geral, um grande número de juízes, de desembargadores, ainda dá mais importância ao Código Civil do que à Constituição. Determinadas conquistas da Constituição, por exemplo, vou tomar uma, a função social da propriedade, geralmente os juízes tradicionais ainda não acreditam nisso não, apesar de estar na Constituição. Então a interpretação pela Constituição, a “interpretação da Constituição pela Constituição” que é dada com a nova “interpretação constitucional”, “nova hermenêutica constitucional” como se chama hoje, agora está se descobrindo, nós vínhamos trabalhando nesse sentido.

Isso fez com que nós tivéssemos que ir ajustando conceitos, ajustando conceitos para chegar até o tribunal, para chegar até o Judiciário, que é o que o Ricardo fez. Então, ele convivendo com o Judiciário, trabalhando o Judiciário, ele foi procurando dar essa condição de aplicação e eficácia do Direito Econômico. Digo eu que o passo foi dado. Esse passo é devido, sem nenhum elogio fácil, é devido ao Ricardo, razão pela qual eu estou aqui como, disse a vocês, um testemunho ocular da história. Para o Direito Econômico, esse é um passo no Brasil.

Agora, nós temos outros problemas, e vamos ver se vão surgir outros ou se o próprio Ricardo vai trabalhar. Nós temos o grande problema da evolução do direito hoje, o direito na globalização, o direito na chamada aplicação da universalidade, nós estarmos como uma legislação por exemplo, dessas agências reguladoras, já vimos que elas vêm. A lei traz o sentido de universalidade, o indivíduo tem que ter um telefone. Então a Telefônica tem que oferecer em qualquer parte do Brasil e o legislador brasileiro muitas vezes tem, com o devido respeito, pouco cuidado. Ele pega alguma coisa no ar e joga na lei brasileira. E agora, para fazer?

O problema da universalidade por exemplo, que é um que nós temos aplicado ao estudo dele no momento, o americano fez isso quando iniciaram a

telecomunicação na América. Pois bem, os países hoje estão adotando a universalidade, mas sem saber como fazer, porque como, sobretudo na privatização, como uma empresa privada poderá oferecer, ter a obrigação de oferecer o último telefone no último rincão no Brasil? Então o legislador brasileiro põe na lei, mas ao mesmo tempo dá e tira, põe um artigo que “quando possível!” Mas se é “quando possível” não é mais universalização! O que é isso! Essa brincadeira da legislação brasileira é que agora é o desafio, porque o Direito Econômico tem a sua amplitude, uma atividade econômica juridicamente regulamentada.

Desde que seja política econômica nós definimos o campo no Direito Econômico, e isso é política econômica, política de comunicação, política de informação, tudo isso que está aí é política econômica. Quando cai no campo do Direito Econômico a nossa legislação é toda dessa maneira, toda não só contraditória, como, na verdade, mentirosa. Então fica o problema do “conflito” ou “não conflito”. Esse problema do conflito ou não conflito, sobretudo dos princípios constitucionais, nós já tínhamos procurado resolver, que era precisamente dando à Constituição ou aos dados constitucionais por parâmetros e os princípios de direito, por exemplo art. 170, todos os princípios ali enunciados são parâmetros constitucionais e na interpretação se há um conflito, por exemplo propriedade privada com função social da propriedade, defesa do consumidor e liberalismo total, são conflitos, por isso conflitos se resolveriam por princípios que nós procuramos desenvolver, e esse princípio foi o da economicidade. Esse princípio da economicidade na verdade foi tratado já há 40 anos por nós, e ele nada mais é do que um princípio valorativo, é uma referência a valor.

Ora, a hermenêutica constitucional atual, chamada nova hermenêutica constitucional, também ela é referente precisamente a valor, ela é axiomática, mas é preciso saber onde estão os parâmetros, porque senão valor, valor para cada um de nós é aquele que nós achamos que é valor, e o juiz fica julgando, mais do que nunca, por arbítrio, seria a abolição praticamente de todos os cerceamentos legais, porque o juiz, diante dos valores próprios, ele é que ia decidir. E na verdade esse assunto é mais importante. Eu estou assim, “ferroando”, digamos, o Judiciário por causa da condição do livro, mas a verdade é essa. O que está nos preocupando muito atualmente é a chamada cabeça do juiz: o advogado que vai advogar já sabe que cabeça de juiz ninguém entende e faz outras comparações, animais, etc. O problema é justamente isso: é preciso limitação, é preciso limitar, é preciso elemento referencial.

E essa interpretação chamada “axiomática” hoje, e unitária da Constituição, é interessante porque ela é valor, valor em si, então naquele estudo da economicidade nós dizemos o seguinte: - não há várias espécies de valor, há uma infinidade de espécies de valor, mas esses valores podem ser conjugados de tal maneira que eles encontrem denominador comum. Aí nós nos afastamos de tudo o que era Marx. Ficamos no Max Weber mesmo, com aquela linha de maior vantagem. Mas essa vantagem varia: vantagem religiosa, vantagem estética,

vantagem econômica, então as limitações. Porém não pode ficar na cabeça do juiz, o juiz tem que ter um referencial, e o referencial é o constitucional, então, por exemplo, no caso, propriedade privada e a função social da propriedade, a reforma agrária, que é o grande problema brasileiro. A Constituição tem lá, foi posto o dispositivo: a propriedade tem que ser rentável. Mas o que é uma propriedade agrária rentável hoje, em que ela é toda deficitária?

O Brasil está se queixando disso, a atividade agrária é toda deficitária, praticamente toda. Então a rentabilidade, em termos de rentabilidade não existe, seria de prejuízo. E vem uma série de outros problemas nesse mesmo sentido: utilização ou não, utilização a que sentido? Então o princípio da economicidade permite que se admitam valores e se comparem os valores. Aí, outra vez, voltamos à ciência econômica, tomamos a ciência econômica como auxiliar de raciocínio, auxiliar metodológico, e vemos o seguinte: que uma mesma decisão, digamos assim, o preço do leite, do pão, essa decisão, chamado o economista a se manifestar, ele se manifesta dizendo – o preço é certo. Mas o preço certo para o produtor não é o preço certo para o consumidor. Pode ser outro, porque não houve a possibilidade do negócio, da transação. O preço certo do leite para o produtor de leite hoje seria X , $10X$; o preço para o consumidor que não tem nem emprego seria X ou $1/2X$, e o juiz tem que decidir.

Então, esse problema do certo o economista informa, porém o juiz vai procurar o justo, e vai procurar o justo a partir do certo, não mais por arbítrio, existe um certo aqui, existe um certo ali, esses dois certos tem que ser ajustados. Para ajustar o que é preciso? Política econômica. Essa política econômica será como? Será de aumento do vencimento do consumidor, será de financiamento ao produtor, subvenção etc. São medidas de política econômica que o Direito Econômico oferece para solução entre o certo e o justo, buscando o justo, e ao mesmo tempo dentro dos parâmetros constitucionais. Esse problema teoricamente estava resolvido, ou pelo menos nós achamos que estava resolvido. Mas na prática, como? Vamos usar o que? Vamos usar apenas relatórios técnicos, peças técnicas para nos informar. Esse certo mesmo, é certo numa região, é certo em outra região, é certo com um produto, não é certo para outro produto. Esse problema todo tem que acabar sendo o discernimento do próprio justo na utilização do certo. Então ele pode ter vários laudos técnicos, com vários certos, mas ele é que vai pegar aquilo, trabalhar, transformar aquilo em matéria, em material de sentença, em material de “justiça”. Aí sim há um arbítrio do juiz, porém arbítrio seguindo a sua decisão, obedecendo a limites, obedecendo a referenciais, ele não pode ir além do dispositivo constitucional. Ficar preso ao dispositivo constitucional, não a ele pessoalmente, ele tem que andar dentro disso, e naturalmente que com mais critérios. Aí já o juiz, ele é um homem, se isso é negativo por um lado, é positivo por outro. Ele tem que ser homem, porque a justiça, a sentença é sobretudo uma peça humana. Ela tem que ser humana justamente. A sentença desumana, vai contra todo princípio do direito.

Então ele tem que procurar justamente a justiça, e com esse material nós enriquecemos a posição do juiz de um material informativo para que ele trabalhe melhor esse problema da política econômica que é por si mesmo variável, é por si mesmo flexível, muito flexível. A política econômica é flexível e tem que ser flexível e o direito tem que olhar, tem que navegar dentro disso, porque sem o que, sempre haverá uma sentença em contrário com a realidade, uma sentença chamada “injusta”, uma sentença chamada “errada”, por quê? Porque não atendeu as condições reais da realidade. Eu estou repetindo, reais da realidade, justamente isso, por causa do objetivo que é um fato social real e o direito sendo uma construção intelectual corre o risco de sair daquele sentido da justiça.

Uma das preocupações que nós temos com ela hoje, muito grande em literatura jurídica, é precisamente o problema do juiz com a sua sentença. Um professor jovem na faculdade de direito, professor do direito do trabalho, acaba de publicar um artigo na nossa revista dizendo o seguinte: “o juiz claudica”, e ele é um juiz! Diz ele: “o juiz tem preconceito”, e ele é juiz! Então quando chega naquele momento em que entra na formação pessoal, na formação cultural pessoal, individual, o juiz cai em si com a sua própria cultura, e às vezes o que ele tem da sua própria cultura é preconceitual para o que a sociedade está pedindo.

É muito comum uma sentença com o preconceito pessoal do juiz. Ele não está fazendo isso por mal: a formação cultural dele é essa, e ele então se afirma. Ele não vai dar uma sentença contra os seus princípios, que muitas vezes não são os princípios mais reais, mais convenientes de uma sociedade. Esse problema é sério. Uma menina da faculdade de Direito, agora acabou de publicar uma tese que é precisamente sobre direito penal “o subjetivismo do injusto”, justamente isso. Um júri, por exemplo. Subjetivismo de cada jurado. Cada jurado ali pode ter um sentido de injusto diferente: está-se tirando uma média. Isso no Direito tem que ser aperfeiçoado, essa é a minha opinião.

Com a globalização, um sentido de realização confirma as nações. O Direito é nacional, os direitos são nacionais, nós vamos acabar com os direitos nacionais? Nós não admitimos isso! Não tem jeito, porque os direitos são também expressões culturais, às vezes culturais da parte de um povo. Então essa globalização tem que ser analisada de outra maneira, aliás da maneira pela qual ela sempre existiu. No mercantilismo havia as nações e elas correspondiam entre si. Agora é que é diferente, é uma questão de dominação sobre o outro, problema de abuso do poder econômico. O que é uso e o que é abuso do poder econômico, qual o limite?

A Constituição nossa diz “abuso do poder econômico”. E como fica o juiz? Abuso como? Qual a diferença entre “uso” e “abuso”? São como o que? Quesitos, nem sempre são aqueles que mais convêm nem ao caso e nem à realidade econômica do país. Então esses problemas que nos afligiram, que nos afligem muito e que são desafios, outros tantos desafios, se alguém aqui sente esses desafios que

se incorpore ao Direito Econômico, porque nós estamos com uma dor de cabeça terrível nesse sentido. O Ricardo já pegou uma bandeira trouxe a bandeira sob a forma de tijolo. Não quer dizer que não entra na cabeça de ninguém, porém batendo, às vezes esses princípios entram, é uma das formas. Eu é o que tinha para dizer, mas se vocês quiserem, qualquer coisa eu estou as ordens para responder.

Eu estou aqui é como testemunha ocular da história, dizendo que o Ricardo é um moço que começou desde o primeiro ano da faculdade a trabalhar, a trabalhar Direito Econômico com toda a seriedade. Fez disso a razão de ser da sua vida e hoje ele tem um trabalho muito mais ampliado, porém uma dedicação ao Direito Econômico que fez dele realmente um dos grandes elementos do Direito Econômico no Brasil, um dos maiores porque ele vem provar agora com este livro. Muito obrigado.